Die Möglichkeit öffentlichrechtlicher Verträge im Verwaltungsrecht.

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg im Breisgau.

Vorgelegt von

Robert Kohl

aus Charlottenburg.

1934

J. Kruse & Söhne, Buchdruckerei, Bruchsal

Referent: Herr Prof. Dr. Freiherr Marschall v. Bieberstein
Correferent; Herr Prof. Dr. Wilh. von Calker

Tag der mündlichen Prüfung: 1. August 1934.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

Inhaltsverzeichnis.

1. Einleitung 1

I. Der Vertrag im Verwaltungsrecht 2

II. Die Gleichordnung der Parteien 5

III. Die tragende Rechtsnorm 10

IV. Vertrag und Verwaltungsakt 14

a) Der einseitige Verwaltungsakt 14

b) Der Verwaltungsakt auf Unterwerfung 14

c) Der zweiseitige Verwaltungsakt 15

d) Zusammenfassung 17

e) Untersuchung praktischer Einzelfälle 17

1. Das Unternehmerverhältnis nach § 15 FlLG. . . . 17

2. Die Anstellung im Staatsdienst und die Einbürgerung . 18

3. Der Eintritt in die Reichswehr 19

4. Die Beendigung des Beamtenverhältnisses . . . 19

5. Besondere Abmachungen bei der Beamtenanstellung . 20

6. Verträge im Abgabenrecht 20

7. Zusammenfassung 21

V. Oeffentlichrechtliche Verträge und Verträge des Privatrechts 22

a) Verträge zwischen Behörde und Einzelnem 22

b) Verträge zwischen mehreren Einzelpersonen . . . 26

VI. Einzelfragen 28

a) Form 28

b) Beendigung 28

c) Vollstreckung 29

Literaturverzeichnis 31

1. Einleitung.

In den verwaltungsrechtlichen Gesetzen des Reichs und der Länder finden sich Bezeichnungen (wie Vertrag [1]), Vereinbarung [2]), Verzicht etc.), die darauf schließen lassen, daß das positive Recht einen öffentlichrechtlichen Vertrag anerkennt.

Auch der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist der Begriff des öffentlichrechtlichen Vertrages nicht fremd.

Das preußische Oberverwaltungsgericht hat in einer Entscheidung vom 7. März 1918 (OVG. Bd. 74, S. 75) seine Ansicht darüber klargelegt, unter welchen Voraussetzungen ein echtes Unternehmerverhältnis im Sinne des § 15 des preußischen Fluchtliniengesetzes vom 2. Juli 1875 (GSS. 561) zustande komme. Als eigentliche Unternehmerstraße „kann nur die angesehen werden, deren Herstellung einem Unternehmer auf Grund des § 15 FlLG. und der ortsstatutarischen Bestimmungen durch öffentlichrechtlichen Vertrag übertragen worden ist" [3])

Es kann zunächst dahingestellt bleiben, ob es sich um den Begriff des Vertrages in dem uns bisher bekannten Sinne handelt oder um einen nur dem Verwaltungsrecht angehörenden und ihm eigentümlichen Rechtsbegriff.

Aufgabe der Wissenschaft ist es, diesen Begriff durch Abgrenzung von verwandten Gebilden klar herauszuschälen und ihm einen Platz im System zuzuweisen. Die Festlegung der begrifflichen Merkmale trägt dazu bei, die Untersuchung von späterhin auftretenden, im Gesetz nicht geregelten Fällen zu erleichtern und für ihre Erfassung einen objektiven Maßstab abzugeben.

Diesem Zweck zu dienen hat sich vorliegende Arbeit zur Aufgabe gemacht. Es sind daher zunächst begriffliche Zweifel aus dem Weg zu räumen, um an Hand einiger in Rechtsprechung und Literatur streitiger Beispiele die Nutzanwendung zu zeigen.

---

[1]) z. B. § 21 des Wehrgesetzes vom 23. März 1921.
[2]) z. B. § 52 der Gew.st.verord. vom 15. März 1927.
[3]) Zwar ist dem § 15 FlLG. nicht zu entnehmen, daß ein Unternehmerverhältnis nur durch Vertrag zur Entstehung gelangt. Die praktische Handbabung dieser Bestimmung geht so vor sich, daß sich der Unternehmer bei Anlegung einer Unternehmerstraße zur Innehaltung der in § 15 FlLG. vorgesehenen Regelung vertraglich verpflichtet. Einzelheiten s. Germershausen, aaO. S. 677.

I. Der Vertrag im Verwaltungsrecht.

Wenn in der oben genannten Entscheidung des pr. OVG. die Bezeichnung „öffentlichrechtlicher Vertrag" gebraucht wird, so ist allein deshalb noch nicht die Annahme gerechtfertigt, daß es sich um den uns vom Privatrecht her bekannten Begriff des Vertrages handelt. Vielmehr ist zu untersuchen, ob die einzelnen Wesensmerkmale des Vertragsbegriffes seine Anwendung im Verwaltungsrecht gestatten. Die noch von Otto Mayer [4]) vertretene Ansicht, daß eine Anwendung des Vertrages nur im Privatrecht denkbar sei, darf als überholt bezeichnet werden. Wenn auch der Vertrag als Rechtsgebilde am häufigsten im Zivilrecht zu finden ist, so darf man nicht verkennen, daß er nicht erst eine Schöpfung des Zivilrechts ist, sondern eine allgemeine Rechtsform. Als solche hat er einen festen Platz in der allgemeinen Prinzipienlehre des Rechts, deren Aufgabe darin besteht, die in den einzelnen Rechtsgebieten erscheinenden Begriffe ihrer jeweilig besonderen Ausgestaltung zu entkleiden und durch Vergleiche die gemeinsamen Elemente zu einem allgemeinen Begriff zusammenzufassen [5]). Der Vertrag verdankt zwar seine besondere Ausgestaltung einer mehrere tausend Jahre langen Entwicklung im Zivilrecht. Er stellt aber eine „universelle Rechtsform" [6]) dar, einen „allgemeingültigen Begriff" [7]), dessen Anwendung auf den verschiedenen Rechtsgebieten nichts im Wege steht. So werden Verträge auf dem Gebiet des Staats-, Völker- oder Kirchenrechts für zulässig gehalten.

Mit der Feststellung allein, daß der Vertrag ein allgemeiner Rechtsbegriff ist, ist noch nicht der Nachweis erbracht, daß er mit dem Wesen des Verwaltungsrechts vereinbar ist. Wenn nun im folgenden auf einzelne Begriffsmerkmale eingegangen wird, so wird vielfach die zivilrechtliche Begriffsbildung zu berücksichtigen sein, da in ihr die Merkmale des allgemeinen Vertragsbegriffes einen

---

[4]) ArchöR. Bd. 3, S. 51.
[5]) Vergl. Friedrichs, Der allgem. Teil des Rechts S. 82 und Meier-Brannecke ArchöR. NF. Bd. 11, S. 230 ff.
[6]) G. Jellinek, System S. 208.
[7]) Burckhardt, Berner Festgabe S. 2.

deutlichen Niederschlag gefunden haben. Die Berücksichtigung erfolgt aber nicht einfach in der Weise, daß eine Uebertragung im Wege der Analogie stattfindet. Vielmehr läßt sich bei Entkleidung des privatrechtlichen Vertrages von allen spezifisch privatrechtlichen Merkmalen ein Kern erkennen, der einen Ausgangspunkt für weitere Betrachtungen bildet.

Ganz allgemein kann man den Vertrag bezeichnen als die erklärte Willenseinigung zwischen mehreren Rechtssubjekten, gerichtet auf Herbeiführung eines bestimmten Rechtserfolges, der deshalb eintritt, weil die Parteien ihn wollen. Wichtig ist, daß nicht nur die zufällige Kongruenz zweier Willenserklärungen den Vertrag ausmacht. Erst in dem Augenblick, in dem die aufeinanderzustrebenden Willenserklärungen sich ergreifen und zu einer Einheit verschmelzen, entsteht der neue Tatbestand, der Vertrag, an den sich die gewünschten Rechtsfolgen knüpfen. Nicht die einzelnen Willenserklärungen als solche erzeugen die gewünschten Folgen, sondern erst der Vertrag als Ganzes. Daher ist eine Willenserklärung allein nicht imstande, die vom Vertrag bezweckten Rechtsfolgen zu zeitigen [8]).

An dieser Stelle darf Gelegenheit genommen werden, die Unhaltbarkeit einer älteren Lehre [9]) aufzudecken, die behauptet, das Wesen des Verwaltungsrechts lasse eine Anwendung des Vertrages auf diesem Gebiete nicht zu. Die eben gezogene Folgerung, daß bei Fehlen der Willenserklärung des Gegenkontrahenten diejenige der Behörde allein nicht die gewünschten Rechtsfolgen auslösen kann, sondern der ganze Akt hinfällig ist, zeigt die Unhaltbarkeit einer Lehre Otto Mayers. Er behauptet [10]), daß die Willensakte des Staates eine besondere „rechtliche Wirkungskraft" besitzen, die in der Natur des Staates als Gemeinwesen begründet ist, kraft deren er im Einzelfall bestimmt, was für den Einzelnen rechtens ist: die öffentliche Gewalt [11]). Aus diesem Grund sei die Mitwirkung des Einzelnen bei der Gestaltung öffentlichrechtlicher Verhältnisse entbehrlich. Außerdem sei das Verwaltungsrecht — weil öffentliches Recht — zwingen-

[8]) Dies bedarf besonderer Erwähnung. Beim Fehlen einer Erklärung entstehen keine Rechtswirkungen. a. dagegen beim einseitigen Verwaltungsakt (z. B. Polizeiverfügung, Steuerbescheid), dessen Gültigkeit nicht von der Mitwirkung des Betroffenen abhängt.

[9]) S. im flg. die Zitate von Otto Mayer und Kormann.

[10]) Verw. R. 1, S. 15 und 93.

[11]) Otto Mayer bringt nicht zum Ausdruck, daß öffentliche Gewalt ein Rechtsbegriff ist, nicht nur eine tatsächliche Erscheinung, die als solche den Rechtswissenschaftler nicht interessiert.

der Natur und lasse für Parteidispositionen keinen Raum. Demgegenüber ist zu sagen, daß in den Fällen, in denen der Staat noch in vollendeter Form als allgewaltiger Träger der öffentlichen Gewalt [12]) dem Einzelnen gegenübertritt, durch Vertrag undenkbar verwaltungsrechtliche Beziehungen gestaltet werden können. Im Laufe der Entwicklung vom Polizeistaat zum modernen Rechtsstaat hat sich der Staat aber durch Rechtsnormen in der unmittelbaren Ausübung der öffentlichen Gewalt beschränkt, so daß er in weit weniger Fällen völlig ohne Mitwirkung des betroffenen Untertanen die Rechtslage gestalten kann. Durch Anerkennung eines „negativen Status des Subjizierten" gibt es ein Gebiet, das von einseitigen, obrigkeitlichen Eingriffen der Verwaltung frei ist [13]). Hier erreicht die öffentliche Gewalt den Einzelnen nicht mehr, und dieser kann — auch mit der Behörde — vertragliche Abmachungen treffen. Wenn im Regelfall zur Durchführung einer geordneten, gesetzmäßigen Verwaltung die Behörde zum Abschluß eines öffentlichrechtlichen Vertrages staatliche Ermächtigung erhält, so bildet dennoch die Ermächtigung keine begriffliche Voraussetzung für die Annahme eines öffentlichrechtlichen Vertrages [14]).

---

[12]) z. B. im Polizeirecht.

[13]) Die Beantwortung der Frage, ob der Einzelne nur eine negative Freiheit erhält, d. h. die Fähigkeit, sich einseitigen Eingriffen der Verwaltung zu widersetzen, oder positive, d. h. darüber hinaus über ein subjektives Recht verfügen zu können, hängt davon ab, wie man den Begriff subjektives öffentliches Recht verstanden wissen will.

[14]) s. a. unten S. 14.

II. Die Gleichordnung der Parteien.

In der oben S. 3 aufgestellten Definition des Vertrages ist ein Wesensmerkmal nicht genannt, das meines Erachtens zu den gedanklichen Voraussetzungen des Vertrages gehört: die Gleichwertigkeit der kontrahierenden Parteien. Es gehört zu den ungeschriebenen Begriffsmerkmalen, daß die Kontrahenten einen gleichen rechtlichen Einfluß auf die Gestaltung der Beziehungen haben. Viele Stimmen in der älteren Literatur leugnen noch die Möglichkeit der rechtlichen Gleichstellung von Behörde und Einzelnem im öffentlichen Recht. Nach dieser Lehre, deren Vertreter Otto Mayer [15]) und Kormann [16]) sind, wird das Verwaltungsrecht als ein Zweig des öffentlichen Rechts von dem Prinzip der Ueber- und Unterordnung beherrscht. Der Staat [17]) ist von Natur kraft der ihm eigenen öffentlichen Gewalt imstande, einseitig die verwaltungsrechtlichen Verhältnisse zu gestalten. Einer Mitwirkung des beteiligten Untertanen bedarf es daher nicht. Für eine rechtliche Gleichbewertung der kontrahierenden Behörde und des Einzelnen ist nach dieser Ansicht im Verwaltungsrecht kein Raum. Otto Mayer [18]) kommt daher zu dem Schluß, daß wahre Verträge auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts nicht denkbar seien. Nach Kormann [19]) fehlt die Möglichkeit einer Gleichbewertung in dem Verhältnis zwischen Untertan und „dem überragenden Inhaber des Imperiums". Diese Ansicht hat im Laufe der wissenschaftlichen Entwicklung der Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrag ihre Gegner gefunden. Fleiner [20]) erkennt an, daß der Vertrag in den Fällen er-

---

[15]) ArchöR. Bd. 3, S. 23 ff.
[16]) aaO. S. 36 ff.

[17]) Wenn i. f. vom Staat die Rede ist, so sind ihm die ihm eingegliederten öffentlichen Verbände (auch die Kirche) gleichgestellt, da ihre Stellung gegenüber dem Einzelnen gleicher Natur ist.

[18]) Zu bemerken ist, daß O. Mayer zu dieser Behauptung kommt bei Gelegenheit der Bekämpfung einer Ansicht Labands, der behauptet hatte, die Beamtenanstellung sei ein Vertrag. Zwar deckt O. Mayer die Unrichtigkeit dieser Ansicht auf, verkennt aber, daß der Staat nicht alle Angelegenheiten des Verwaltungsrechts auf dieselbe Art (nämlich durch Verwaltungsakt) zu regeln pflegt. ArchöR. Bd. 3, S. 42.

[19]) aaO. S. 32.
[20]) Inst. S. 211.

laubt sei, in denen Gesetz oder Gewohnheitsrecht diese Form zulassen und somit ausdrücklich auf eine einseitige Regelung verzichtet haben. Fleiner behauptet aber, die meisten in der Praxis als öffentlichrechtliche Verträge bezeichneten Akte seien einseitige Verfügungen, deren Rechtmäßigkeit bedingt ist durch die Zustimmung des Betroffenen.

Der Streit in diesem Punkt läuft auf die Frage hinaus: kann der Staat anders als durch hoheitliche Akte öffentlichrechtliche Beziehungen gestalten? Wer dem Gedanken nachgeht, der Staat könne bei seiner Verwaltungstätigkeit nur mit dem Zwange öffentlicher Gewalt auftreten, muß dies verneinen. Nun hat sich aber im Laufe der rechtsgeschichtlichen Entwicklung die öffentliche Gewalt durch Erlaß von Rechtsnormen beschränkt und hat nunmehr die durch solche Rechtsnormen gesetzten Grenzen und Formen zu beachten. Die öffentliche Gewalt ist nicht für alle Akte der Verwaltung die Quelle für deren Wirksamkeit, sondern der Eintritt der Rechtswirkungen ist in vielen Fällen von einer Beteiligung des Untertanen abhängig. Daher ergibt sich eine Stufenleiter von verwaltungsrechtlichen Tatbeständen, bei denen die Willenserklärung des Staates mehr oder weniger der des Einzelnen überlegen ist, je nachdem in welchem Maße die Erklärung des Staates mit öffentlicher Gewalt ausgestattet ist. So nennt W. Jellinek [21]) vier Stufen verwaltungsrechtlicher Tatbestände:

1. den einseitigen Verwaltungsakt, der keiner Mitwirkung des beteiligten Untertanen bedarf;
2. den empfangsbedürftigen Verwaltungsakt (Verwaltungsakt auf Unterwerfung);
3. den zweiseitigen Verwaltungsakt;
4. den verwaltungsrechtlichen Vertrag.

Wenn auch dieser Einteilung nicht in allen Punkten gefolgt werden kann, so ist doch klar ersichtlich, daß es eine verwaltende Tätigkeit des Staates gibt, die nicht obrigkeitlicher Natur ist.

Zwar treten die Organe des Staates da, wo die staatliche Gesetzgebung dies durch eine öffentlichrechtliche Norm zuläßt, immer noch einseitig mit hoheitlicher Gewalt auf. Wie der Staat aber durch Bildung von Rechtsnormen schon in den von W. Jellinek unter 2 und

[21]) OVG. Festschrift, S. 105.

3 genannten Beispielen dem Einzelnen nicht mehr in voller Stärke gegenübertritt, so gibt es auch Gebiete, auf denen er mit hoheitlicher Gewalt den Untertan garnicht mehr erreicht. Die Wirksamkeit der Rechtsbeziehungen auf diesem Gebiet kann daher nicht aus der aus öffentlicher Gewalt fließenden einseitigen Willenserklärung des Staates hergeleitet werden, sondern aus dem aus beiden Willenserklärungen zusammengesetzten Vertrag, an den kraft objektiven Rechts beide Parteien gleichmäßig gebunden sind. Hier hat der Staat vor dem Einzelnen nichts voraus [22]). Auch Apelt gibt zu, daß der Staat da Verträge öffentlichen Recht abschließen könne, wo er nicht mit öffentlicher Gewalt auftrete [23]). Aus öffentlichrechtlichen Gründen ist es vielfach zweckmäßig, daß auch öffentlichrechtliche Beziehungen auf diesen Gebieten geschaffen werden. Dies kann nur auf Grund freiwilliger Mitwirkung des Betroffenen geschehen, indem dieser über einen dem einseitigen obrigkeitlichen Eingriff entzogenen Rechtskreis verfügt. In diesem Fall stehen sich die Kontrahenten gleichberechtigt gegenüber, d. h. ihre Erklärungen sind rechtlich gleichzuwerten. Die Erklärung des Staates hat nicht mehr wie beim Verwaltungsakt die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit für sich. Das Fehlen oder die Unwirksamkeit der einen Erklärung läßt auch die andere in sich zusammenstürzen.

Die Gleichbewertung der Willensäußerungen läßt das allgemein bestehende Verhältnis der Ueber- und Unterordnung unberührt. Mit Recht weist Reusch [24]) darauf hin, daß regelmäßig zwischen Vertragskontrahenten vor Abschluß des Vertrages eine Rechtsbeziehung nicht besteht, aus der man die Gleich- oder Unterordnung folgern könne, sondern daß diese Rechtsbeziehung erst durch den Vertrag geschaffen werde.

Gleichordnung der Vertragspartner bedeutet gleichmäßige Unterwerfung unter die geschaffene vertragliche Regelung. Nicht durch einen Vergleich der allgemeinen rechtlichen Stellung der Parteien miteinander erkennt man ihre Gleichordnung, sondern durch einen Vergleich beider mit einer dritten Größe, der Rechtsordnung oder Rechtsnorm, der sich beide Parteien durch den Abschluß des Vertrages in gleichem Maße unterwerfen. Daß der Staat imstande ist

---

[22]) OVG. Festschrift, S. 107.
[23]) aaO. S. 165. Vergl. auch Merkl aaO. S. 308.
[24]) aaO. S. 7 und 8.

sich einer Vertragsnorm zu unterwerfen, muß bejaht werden für die Fälle, in denen er kraft der bestehenden Rechtsordnung nicht imstande ist, seine Rechtsbeziehungen einseitig zu gestalten. Privatrechtliche Verträge des Staates werden allgemein für zulässig gehalten. Auch beim Abschluß eines solchen Vertrages gibt der Staat nicht seine allgemeine Rechtsstellung auf, sondern unterwirft sich nur im Einzelfall der Privatrechtsordnung, um mit dem Kontrahenten auf einer Ebene zu stehen. Der Einwand, daß hier nicht der Staat, sondern der Fiskus als Vertragspartei auftrete, der mit dieser bevorzugten Macht des Staates, der öffentlichen Gewalt, nicht ausgestattet sei, kann nicht stichhaltig sein. Der Fiskus ist nicht ein besonderes, vom Staat gelöstes, Rechtssubjekt, sondern der Staat als Vermögensträger bei Ausübung seiner Funktionen. Er ist der Staat in seiner Unterwerfung unter die Privatrechtsordnung. Wie der Abschluß eines Privatvertrages eine funktionale Tätigkeit ist, ist es auch die Gestaltung von Rechtsbeziehungen durch öffentlichrechtlichen Vertrag. Diejenigen Autoren [25]), die die Möglichkeit eines verwaltungsrechtlichen Vertrages wegen des Verhältnisses der Ueber- und Unterordnung leugnen, sind von jener Auffassung des Staates befangen, die zur Zeit des Absolutismus herrschend war. Der Polizeistaat sah den Einzelnen nur in seiner Untertanschaft als Objekt der Staatsgewalt. Fleiner bezeichnet beim Auftreten des Staates den „einseitigen Befehl und die hinter diesem stehende Zwangsgewalt" [26]) als die sichtbarsten Merkmale. Entsprechender Ansicht ist Otto Mayer: Der Staat bestimme, wo er einen Verwaltungsakt erlasse, was für den Untertan im Einzelfall rechtens sein soll [27]). Das Verhältnis des Staates zum Untertan im Polizeistaat wird durch die unbedingte Unterworfenheit gekennzeichnet [28]). Im Rechtsstaat dagegen ist der Staat selbst auch der Rechtsordnung unterworfen. Zwar kommt auch der Rechtsstaat nicht ohne einseitige Verwaltungsakte aus, doch die staatlichen Organe sind zum Erlaß derselben nur insoweit berechtigt, als ihnen dies durch die staatliche Rechtsordnung ausdrücklich eingeräumt ist.

Es zeigt sich, daß der Erklärung der Behörde auf den verschiedenen Gebieten verschiedene Wirkungskraft zukommt, und die

[25]) Insbes. O. Mayer, ArchöR. Bd. 3, S. 42.
[26]) Inst. S. 49.
[27]) Verw. R. 1, S. 93.
[28]) W. Jellinek, Verw. R., S. 85.

Behörde sich sogar der privaten Willenserklärung bedienen kann. Wenn wegen des Prinzips der Ueber- und Unterordnung die Möglichkeit eines verwaltungsrechtlichen Vertrages gänzlich abgelehnt wird so geschieht dies auf Grund einer Verwechslung von statischer Gleichordnung mit funktionaler Gleichwertigkeit. Die verwaltende Tätigkeit des Staates erschöpft sich nicht im Erlaß von einseitigen Verwaltungsakten.

III. Die tragende Rechtsnorm.

Da sich in der Literatur Zweifel und kritische Untersuchungen häufen, ist im folgenden kurz Stellung zu nehmen zu der Frage, welches die tragende Rechtsnorm des verwaltungsrechtlichen Vertrages ist. Unter der tragenden Rechtsnorm versteht man die Norm oder den Satz des objektiven Rechts, der der Willenseinigung der Parteien die gewünschten Folgen beilegt. Denn nicht deshalb, weil die Parteien sich einigen, entstehen die gewünschten Rechtsfolgen, sondern weil die Einigung „von der Rechtsordnung als Grund für den Eintritt der als gewollt bezeichneten Rechtwirkung anerkannt ist“ [29]). Für die uns bisher bekannten Verträge (nämlich die des Privat-, Staats-, Kirchen- und Völkerrechts usw.) haben wir den seit Tausenden von Jahren geltenden Satz pacta sunt servanda. Gilt dieser Satz entsprechend auch für den verwaltungsrechtlichen Vertrag, oder bestehen Bedenken, diesen Satz auf das Verwaltungsrecht zu übertragen? Für die Beantwortung dieser Fragen werden in der Literatur sehr weitschweifige — vielleicht überflüssige — Untersuchungen angestellt. Nicht zuletzt wegen des Fehlens eines derartigen Rechtssatzes kommt Otto Mayer zur Ablehnung des ganzen Begriffs. Er behauptet [30]), der Rechtssatz, dem der Staat sich bei Eingehung eines derartigen Verhältnisses unterwerfe, gleiche wie ein Ei dem anderen dem privatrechtlichen Satz pacta sunt servanda. Der abgeschlossene Vertrag sei daher notwendig ein privatrechtlicher. Eine Reihe von Schriftstellern [31]) glaubt die tragende Rechtsnorm in einem zu erlassenden Ermächtigungsgesetz gefunden zu haben. Nach Loening [31]) kann dem Staat die Befugnis zum Abschluß verwaltungsrechtlicher Verträge nur auf Grund eines Rechtssatzes erteilt sein. Fleiner [31]) bezeichnet die passive Vertragsfähigkeit des Staates als eine „Errungenschaft des Rechtsstaatsgedankens“. Der Vertrag sei aber im Verwaltungsrecht nur da gestattet, wo die Behörde auf die einseitige

---

[29]) so Enneccerus Lehrb. des bürgerl. Rechts. Bd. I, 1928, S. 349 für das privatrechtliche Rechtsgeschäft.

[30]) ArchöR. Bd. 3. S. 31.

[31]) z. B. Loening, S. 245; Fleiner aaO. S. 211/213; Tezner, ArchöR. 9, S. 509 ff.; Schön, S. 259; Layer, S. 21; Jedlicka, S. 111.

Regelung verzichtet habe, und wo durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht die Vertragsform zugelassen sei. Die logische Folgerung, die er zieht, ist die, daß in allen Fällen, in denen die Behörde zum Abschluß eines Vertrages ohne gesetzliche Ermächtigung schreitet, die ganze Anordnung nichtig ist. Dieses unmögliche Ergebnis deckt gleichzeitig die Unrichtigkeit der Prämisse auf. Dem kontrahierenden Bürger ist es nicht zuzumuten, im Einzelfall zu untersuchen, ob die Behörde die zum Abschluß erforderliche Ermächtigung hat. Hat sich die verwaltende Behörde einmal zum Abschluß eines verwaltungsrechtlichen Vertrages herabgelassen, so ist sie auch ohne Ermächtigung an ihn gebunden, falls er nicht Unmögliches oder Unsittliches bezweckte oder sonst nichtig war. Apelt, dessen Lehre vom verwaltungsrechtlichen Vertrag von hoher Bedeutung ist, greift beim Nachweis des gesuchten Satzes zu gewagten Methoden. Einmal [32]) geht er davon aus, daß das Gesetz in einer Reihe von Einzelbestimmungen die Regelung von öffentlichrechtlichen Rechtsbeziehungen durch Vertrag gestatte. Diese Tatsache gebe „ein entwicklungsfähiges Rudiment" ab. Im Wege der Methode, von einer Reihe von Einzelerscheinungen auf einen gemeinsamen Obersatz zu schließen, glaubt er nachweisen zu können, daß der Satz pacta sunt servanda auch für die Fälle eine geeignete Unterlage abgibt, für die eine besondere Ermächtigung nicht besteht. Dieser Schluß von Ausnahmebestimmungen auf das Vorhandensein eines allgemeinen Grundsatzes in dieser Weise ist unzulässig. Weiterhin [33]) weist Apelt darauf hin, daß der Staat mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechtsnormen zu schaffen. Er müsse daher bei der Gestaltung von öffentlichrechtlichen Beziehungen von dem weniger starken Mittel, dem öffentlichrechtlichen Vertrage, Gebrauch machen können. Dem ist zu entgegnen, daß der Vertrag oft gerade da Anwendung finden soll, in denen auf Grund der bestehenden Rechtsordnung eine einseitige Regelung (durch Verwaltungsakt) ausgeschlossen ist; und gerade hier versagt Apelts Beweisführung. Außerdem wird beim Ausgangspunkt dieser Betrachtung die erforderliche Gleichordnung der Parteien nicht berücksichtigt.

Damit ist die Reihe der Autoren, die auf der Suche nach jener tragenden Rechtsnorm sind, bei weitem noch nicht erschöpft. Es zeigt sich hier, daß die Sucht nach Aufdeckung begrifflicher Schwierig-

---

[32]) S. 49.
[33]) aaO., S. 51.

keiten die Klarheit des zu untersuchenden Begriffs zu verschleiern geeignet ist. Der Vollständigkeit halber seien aus der Fülle der Meinungen noch einige bezeichnende herausgegriffen.

Buddeberg [34]) glaubt mit Hilfe der Soziologie die tragende Rechtsnorm gefunden zu haben. Er sieht in dem Vertrag eine allgemeine bindende Form des kollektivistischen Gemeinschaftslebens. Der Vertrag habe jahrhundertelang ohne staatlichen Rechtssatz bestanden und bedürfe deshalb keiner Sanktion durch die Rechtsordnung, sondern sei selbst Quelle der Geltungskraft.

Auch eine gewisse tatsächliche Ordnung [35]), die der verwaltenden Tätigkeit der Verwaltung eigen ist, enthält keine r e c h t l i c h e n Garantien für den Bestand des Vertrages. Aus der bloßen Tatsache der Regelung von Lebensverhältnissen entsteht kein Rechtsverhältnis, sondern es bedarf der Subsumierung des Tatbestandes unter einen Rechtssatz.

Die Annahme eines Gewohnheitsrechts ist nicht geeignet zu dem Nachweis, daß der Satz pacta sunt servanda auf das Gebiet des Verwaltungsrechts entsprechend übertragen werden darf. Es wäre an Hand von Einzeltatbeständen nachzuweisen, daß die herrschende Rechtsauffassung in den hier zu untersuchenden Fällen der Willensübereinstimmung der Beteiligten rechtsverbindliche Kraft beilegt, und daß dies in dem dauernden Bewußtsein geschieht, daß eine aus einer bloßen tatsächlichen Uebung entstandene Rechtsregel angewendet wird. Dem Geiste einer gesetzmäßigen öffentlichen Verwaltung widerspricht es aber, die Rechtsfolgen eines Tatbestandes aus einer Norm des Gewohnheitsrechts herzuleiten.

Die gesuchte Rechtnorm ist in dem richtig gedeuteten Rechtssatz pacta sunt servanda zu finden. Wir haben [36]) erkannt, daß der Vertrag eine allgemeine Rechtsfigur ist, die unabhängig vom gesetzen Recht zu denken ist. Der Satz „pacta sunt servanda" bildet daher eine allgemeine Rechtsnorm, die besagt, daß die Vertragsparteien grundsätzlich die versprochenen Leistungen zu erbringen haben Ohne diesen Satz ist die Vorstellung vom Vertrag als einem allgemeinen

---

[34]) aaO., S. 111. Den Ausführungen von Buddeberg ist durchaus zuzustimmen. Doch kann seine Untersuchung natürlich nicht den Nachweis der r e c h t l i c h e n Wirksamkeit des Vertrages erbringen.

[35]) Otto Mayer, Verw. R. 2, S. 381, Anm. 1 und 2.

[36]) S. oben S. 2.

Rechtsbegriff unmöglich [37]). Sieht man von jenem Rechtssatz ab, so werden die Willenserklärungen der Kontrahenten zu zufällig gleichlautenden Aeußerungen, die keinerlei Rechtswirkungen zu erzeugen imstande sind. Da aber schon dargestellt wurde, daß der Vertrag als allgemeiner Rechtsbegriff auch im Verwaltungsrecht Anwendung findet, ist damit zugleich gesagt, daß die kontrahierenden Parteien an ihre Erklärungen gebunden sind. (Im Verwaltungsrecht genau so wie im Privatrecht.) Es wäre müßig, allgemeine Rechtsformen anzunehmen, und dann noch in den einzelnen Rechtsgebieten nach besonderen Geltungsnormen zu suchen. Der Nachweis einer besonderen Norm im Verwaltungsrecht ist daher nicht erforderlich. Wenn unser geltendes Recht in einigen grundsätzlichen Fällen von einer Bindung der Parteien absieht, — z. B. bei solchen Verträgen, die auf eine unsittliche oder unmögliche Leistung gerichtet sind, — so handelt es sich um Ausnahmeerscheinungen, die meist durch Gesetz geregelt sind. Die Lehre, die die Verpflichtbarkeit der Verwaltungsorgane wegen ihrer autoritativen Stellung leugnet, hätte nachzuweisen, daß sich zwei ungleich starke Kontrahenten nicht vertraglich binden könnten. Das Gegenteil ist der Fall. Man denke nur an die Arbeitsverträge des Privatrechts, bei denen vielfach eine Partei wirtschaftlich oder sozial stärker ist. Trotzdem sind beide Parteien gleichmäßig gebunden, da sie sich in gleichem Maße der beabsichtigten Regelung unterwerfen. Da unser geltendes Recht in dieser Beziehung für das Gebiet des Verwaltungsrechts nichts Besonderes bestimmt, ist nicht einzusehen, weshalb diese Erwägungen nicht auch hier berechtigt sind.

[37]) Vergl. a. Huber, aaO., S. 81; Husserl, aaO., S. 42.

IV. Vertrag und Verwaltungsakt.

Vielleicht wird man nicht mit Unrecht die Frage aufwerfen, warum das anfangs angeführte Unternehmerverhältnis nach § 15 des pr. FlLG. nicht durch Verwaltungsakt begründet wird, und inwieweit es sich von einem solchen unterscheidet. Die äußere Aehnlichkeit mit Konzessionen und Genehmigungen im Bau- und Wasserrecht ist nicht von der Hand zu weisen. In diesen Fällen setzt sich der Bürger genau so wie bei Eingehung eines Unternehmervertrages mit der Behörde in Verbindung und erhält die Erlaubnis. Trotzdem sind die entstehenden Rechtsverhältnisse grundverschiedener Natur.

a) Der Verwaltungsakt ist eine obrigkeitliche Willensäußerung innerhalb der Verwaltung. Als solcher ist er nicht der Willenserklärung eines Einzelnen gleichzuwerten. Dies wäre aber die notwendige Voraussetzung für einen Vertrag. Nun pflegt aber die verwaltende Behörde bei einer nicht geringen Zahl ihrer Verwaltungsakte den betroffenen Einzelnen in irgendeiner Form mitwirken zu lassen. Da in diesen Fällen die verwaltende Behörde auf Grund der bestehenden Gesetze nicht die Befugnis hat, eine einseitige Regelung ohne Anhörung des betroffenen Bürgers zu treffen, so entsteht der Anschein eines Vertrages [38]), Beispiele des einseitigen Verwaltungsaktes, wie Polizeiverfügung und Enteignung, deuten am wenigsten auf eine Aehnlichkeit mit dem öffentlichrechtlichen Vertrag hin, da hier die Ungleichheit der auftretenden Parteien deutlich zum Ausdruck kommt. Diese Fälle geben keinen Anlaß zu weiterer Betrachtung.

b) Dagegen weist gewisse Aehnlichkeit mit dem verwaltungsrechtlichen Vertrag der Verwaltungsakt auf, der nur auf Antrag oder mit Zustimmung des Einzelnen ergehen darf, und der von Otto Mayer [39]) den Namen „Verwaltungsakt auf Unterwerfung" erhalten hat. Aber auch hier hat man zu beachten, daß es sich auf Seiten der Behörde um einen Verwaltungsakt handelt, und nicht um eine Willenserklärung, die auf Abschluß eines verwaltungsrechtlichen Vertrages gerichtet ist. Da die Behörde sich immer noch als Träger öffentlicher

[38]) W. Jellinek nennt sie zweiseitige Verwaltungsakte.
[39]) Verw. R., Bd. 1, S. 98.

Gewalt betätigt, hat sie das Vorrecht, sich irren zu dürfen [40]). In dieser Beziehung ist ihre Erklärung der des Einzelnen (Antrag oder Einwilligung) überlegen. Ein gegen ein gesetzliches Verbot verstoßendes Privatrechtsgeschäft ist nichtig, nicht dagegen ein gegen ein solches Verbot verstoßender Verwaltungsakt auf Unterwerfung. Letzterer ist — wie alle Verwaltungsakte — mit dem Schein der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit ausgestattet. Aus diesem Grunde knüpfen sich nach der Lehre Otto Mayers an ihn auch bei Fehlerhaftigkeit die gewünschten Rechtsfolgen, ohne daß diese ein Hemmnis bildet. Die Fehlerhaftigkeit läßt nur die Möglichkeit offen, den ganzen Verwaltungsakt anzufechten, damit die Behörde sich veranlaßt sieht, ihren Ausspruch für nichtig zu erklären. Bis dahin bleibt nach der Ansicht Otto Mayers der Akt gültig, auch wenn die gesetzlich erforderlichen Voraussetzungen, nämlich ein Antrag oder die Einwilligung des Betroffenen nicht vorlagen. Erhält z. B. jemand ohne Antrag eine Konzession zum Betrieb einer Privatkrankenanstalt nach § 30 Gew.O., so ist sie zunächst gültig, vorausgesetzt, daß sie nicht mit weiteren Mängeln behaftet ist. Derartige, den Einzelnen begünstigenden Akte für ungültig zu erklären besteht kein Anlaß. Erhält dagegen jemand seine Ernennung zum Beamten, ohne daß er sie beantragt hätte oder mit ihr einverstanden wäre, so besteht schon deshalb ein Anlaß, den ganzen Akt von Anfang an für nichtig zu erklären, weil mit der Ernennung zum Beamten für den Einzelnen weitgehende Pflichten verknüpft sind. Aus der Lehre Otto Mayers vom Verwaltungsakt auf Unterwerfung folgt für diesen Fall, daß ein gültiges Beamtenverhältnis zustandegekommen ist.

c) Dieser Ansicht ist die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht gefolgt [41]). Geht nämlich der Antrag auf Ernennung oder Entlassung von einem Geisteskranken oder Minderjährigen aus, so kann der Ausspruch der Behörde allein nicht die gewünschten Rechtsfolgen herbeiführen. Im Anschluß an diese Rechtsprechung kam W. Jellinek zu der Einführung des Begriffs des „zweiseitigen Verwaltungsaktes", zweiseitig deshalb, weil er zu seiner Wirksamkeit der Mitwirkung des beteiligten Bürgers bedarf. Ob sich aber im Anschluß an die Rechtsprechung sogleich die Notwendigkeit ergab, eine neue be-

---

[40]) W. Jellinek, Verw. R., S. 21.

[41]) Vergl. RGSt., Bd. 56, S. 19; OLG. Karlsruhe v. 30. Okt. 1921, Bad. Rechtsprech. 1922, S. 25 ff. u. a.

griffliche Einteilung der Verwaltungsakte vorzunehmen, mag dahingestellt bleiben [42]). Jedenfalls ist auch zu dieser Art von Verwaltungsakten Stellung zu nehmen; denn gerade sie, — nennen wir sie schon zweiseitige Verwaltungsakte, — weisen Aehnlichkeit mit dem verwaltungsrechtlichen Vertrag auf. Auch hier knüpfen sich, ähnlich wie beim Vertrag, an die Willensäußerungen der Behörde keine Folgen, wenn die entsprechende Erklärung des mitwirkenden Einzelnen fehlt oder ungültig ist.

Aus der zufälligen Uebereinstimmung gewisser Ergebnisse darf nicht sogleich auf die Identität beider Begriffe geschlossen werden. Auch der zweiseitige Verwaltungsakt bleibt ein Verwaltungsakt, und die entstehenden Folgen knüpfen sich an den Ausspruch der Behörde allein, der aus der öffentlichen Gewalt fließt. Daß der Einzelne dabei beteiligt ist, steht dem nicht entgegen. Vielmehr haben Antrag oder Genehmigung nur den Zweck, die freiwillige Aufgabe des dem Einzelnen durch Gesetz eingeräumten Vorbehalts [43]) auszudrücken für eine Regelung durch die verwaltende Behörde. Wohl kann die Behörde auf Grund der bestehenden Gesetze in allen diesen Fällen den Einzelnen nicht zur Abgabe der erforderlichen Erklärung zwingen, aber die ganze Regelung ist getragen von dem Prinzip der Ueber- und Unterordnung. Aus diesem Grunde muß eine scharfe begriffliche Trennung stattfinden zwischen dem zweiseitigen Verwaltungsakt und dem öffentlichrechtlichen Vertrag. Diese Tatsache gibt auch W. Jellinek [44]) zu, wenn er sagt, daß diese Akte nicht Verträge sind, „weil irgendwie der staatliche Wille überragt, aber auch nicht Verwaltungsakte auf Unterwerfung, weil der staatliche Wille nicht so sehr überragt, daß er auch die fehlende Mitwirkung des Bürgers überwindet". Die Tatsache, daß bei einigen Verwaltungsakten der Einzelne mitzuwirken hat, bedeutet demnach nur, daß Antrag oder Zustimmung Voraussetzung sind für die Gesetzmäßigkeit, nicht aber für die Wirksamkeit des Aktes. Alle diese Fälle fallen nicht unter den Begriff des Vertrages.

---

[42]) Auf nähere Einzelheiten der Lehre vom zweiseitigen Verwaltungsakt kann nicht eingegangen werden. Verf. kann ihr aus begrifflichen Gründen nicht beitreten; insbesondere ist nicht verständlich, wie eine private Willenserklärung (s. Verw. R. S. 250/51), die im großen und ganzen der sinngemäßen Anwendung des bürgerlichen Rechts unterliegt, und eine nach öffentlichem Recht lebende Willenserklärung des Staates auf einen Nenner gebracht werden können.

[43]) S. o. S. 4.

[44]) OVG. Festschrift, S. 97.

d) Nachdem der Versuch gemacht worden ist, begriffliche Verschiedenheiten zwischen öffentlichrechtlichem Vertrag und Verwaltungsakt aufzudecken, wird die Frage laut werden, wie der Praktiker schnell und sicher erkennen kann, ob der von ihm zu behandelnde Fall unter den einen oder den anderen Begriff fällt. Dazu ist zu sagen, daß es ein feststehendes Erkennungszeichen nicht gibt. Vielmehr haben es Staat und Verwaltung in der Hand, einen Kreis von Aufgaben durch Verwaltungsakt zu regeln, einen anderen der Regelung durch öffentlichrechtlichen Vertrag zu überlassen. In der Zeit des Liberalismus wurde die letztgenannte Methode häufiger angewendet als heute. Im autoritären Staat kehrt die Verwaltung allmählich zu der ihr eigenen Handlungsform, dem Verwaltungsakt, zurück. Daher werden Tatbestände, die noch vor kurzem als öffentlichrechtliche Verträge angesehen wurden, heute unter den Begriff des Verwaltungsaktes fallen. Dieser Umwandlung unterfallen besonders die Tatbestände, die den Bestand und die Organisation des Staates betreffen. Die Aenderungen sind nur da schon positives Recht, wo die große geistige Wende es durch Gesetz, Richterspruch oder vom Volke getragene Rechtsauffassung zum Ausdruck gebracht hat. Dabei ist festzustellen, daß wegen der Einheitlichkeit der Verwaltung der Verwaltungsakt die dem Staat von Natur aus eigene Handlungsform ist, und für vertragliche Regelungen nur in den minder wichtigen Angelegenheiten eine für die Verwaltung fruchtbringende Anwendungsmöglichkeit besteht.

e) 1. Das eingangs (S. 1) angeführte Unternehmerverhältnis hat den Charakter eines öffentlichrechtlichen Vertrages behalten. Für eine Regelung durch Verwaltungsakt besteht kein Bedürfnis, da die Verwaltung nicht gezwungen ist, beim Bau von Straßen diesen Weg einzuschlagen, andererseits aber auch nach heutigem Recht niemand zu dem Unternehmen gezwungen werden kann. Die Verwaltungsbehörde kann auch den Bau der Straße auf eigene Rechnung betreiben und die Kosten durch Erhebung von Anliegerbeiträgen wieder eintreiben.

Die Anregung zum Abschluß eines Unternehmervertrages geht in der Praxis meist von dem Unternehmer aus. Um seinen Wünschen entgegenzukommen, kann die Behörde innerhalb der in § 15 des pr. Fluchtliniengesetzes gegebenen Grenzen Einzelheiten am besten durch Vertrag regeln.

2. Was die in der Literatur so heißumstrittene Anstellung im Staatsdienst und die gleichzubehandelnde Einbürgerung betrifft, so ist dazu zu sagen, daß beide heute als Verwaltungsakte zu bezeichnen sind. Zwar nannte Laband [45]) die Anstellung im Staatsdienst Rechtsgeschäft. Die Pflicht zur Uebernahme eines Amtes ergebe sich nicht ohne weiteres aus der öffentlichen Gewalt. Die Anstellung geschehe nicht auf Grund eines einseitigen Aktes des Staates, sondern sei, da sie der Mitwirkung des Betroffenen bedürfe, ein Vertrag. Entsprechender Ansicht ist G. Jellinek [46]). Verwaltungsrechtliche Beziehungen, die auf Grund der geltenden Rechtsordnung nicht durch einseitigen Ausspruch des Staates entstehen können, bedürften vertraglicher Grundlage. Die Hauptbeispiele seien Naturalisation und Anstellung im Staatsdienst. Schon Jellinek selbst erkennt an [47]), daß dieser Tatbestand kein Vertrag ist, sondern nur den Namen führt. Mit Recht. Die erstgenannte Ansicht verkennt, daß zwar zur Entstehung des Beamtenverhältnisses die Mitwirkung des Staates und auch des Bewerbers erforderlich sind, beide Erklärungen aber auf rechtlich verschiedenen Ebenen liegen. Der Ausspruch des Staates ist in diesem Fall eine Betätigung der öffentlichen Gewalt, während die Erklärung des Einzelnen zu der Vorbehaltsnorm in Beziehung tritt, die ihm die Freiheit gegen einseitiges Vorgehen der Behörde gewährleistete. Die Einwilligung macht den Weg frei für einen von der Behörde zu erlassenden Verwaltungsakt. Der Wille des Staates allein entwickelt die entscheidende Wirkung, während die Einwilligung des Betroffenen nur eine Wirksamkeitsvoraussetzung ist. Würde man die Anstellung im Staatsdienst als Vertrag bezeichnen, so hätte dies zur Voraussetzung, daß der Staat nicht von seiner Fähigkeit, mit öffentlicher Gewalt aufzutreten, Gebrauch machte, sondern daß sich beide Parteien in gleicher Weise einer Norm unterwürfen. Mit Recht wird daher in der neueren Literatur [48]) diese Lehre vom Vertrag abgelehnt. Otto Mayer [49]) hielt noch an der Bezeichnung „öffentlichrechtlicher Vertrag" fest, obwohl er den Begriff Labands des öffentlichrechtlichen Rechtsgeschäfts streng ablehnte. Erst

---

[45]) aaO. S. 447.
[46]) aaO. S. 209 ff.
[47]) Siehe S. 29, Anm. 2.
[48]) O. Mayer, ArchöR. Bd. 3, S. 41; W. Jellinek, VerwR. S. 250/51; Kormann, aaO., S. 37; Herrnritt, aaO., S. 442. Brand bei Brauchitsch 1932, S. 32.
[49]) ArchöR., Bd. 3, S. 41.

später [50]) wählte er die Bezeichnung „Verwaltungsakt auf Unterwerfung". Nach der Ansicht Walter Jellineks fallen diese Beispiele unter seinen Begriff des zweiseitigen Verwaltungsaktes. Für die Annahme eines Vertrages fehlt bei der Anstellung im Staatsdienst und bei der Einbürgerung die für den Vertrag notwendige Voraussetzung, die Gleichwertigkeit der Willenserklärungen.

3. Der Eintritt in die Reichswehr ist im Gesetz vom 21. März 1921 (RGBl. S. 329) geregelt. Dort ist in § 21 die Rede von Vertrag und Kündigung. Dies erweckt den Anschein, als ob es sich um einen wahren öffentlichrechtlichen Vertrag handle. Die Bezeichnung im Gesetz aber ist nicht maßgebend. Die Aufnahme in das Reichsheer oder in die Reichsmarine ist ihrer Natur nach nichts anderes als die Anstellung eines Beamten, nämlich ein Verwaltungsakt. In der Literatur wird überwiegend von einem öffentlichrechtlichen Vertrag gesprochen [51]). Dies beruht meines Erachtens auf einer nicht klaren Erfassung des Begriffs des öffentlichrechtlichen Vertrages; denn auch hier macht sich der Mangel der Gleichordnung der Parteien bemerkbar. Entgegen der herrschenden Lehre muß betont werden, daß die Zugehörigkeit zur Reichswehr durch einen staatlichen Verwaltungsakt entsteht. Die Verpflichtungserklärung (§ 19 des Wehrgesetzes) ist keine vertragliche Offerte oder Annahme, sondern die gesetzlich notwendige Einwilligung zum Erlaß eines Verwaltungsaktes [52]). Es ensteht ein Gewaltverhältnis. Die Tätigkeit des Soldaten ist keine Vertragserfüllung, sondern Diensterfüllung; die Verletzung seiner Pflichten nicht Vertragsbruch, sondern Dienstvergehen [53]).

4. Neben dem Beginn des Beamtenverhältnisses bietet auch sein Ende Anlaß für eine kurze Untersuchung. Man unterscheidet mehrere Arten der Entlassung. Die nach dem Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 4. April 1933 ist genau so wie die durch Urteilsspruch im Dienststrafverfahren streng einseitig. Nach § 100 des Reichsbeamtengesetzes vom 17. Mai 1907 (RGBl.

---

[50]) Verw. R. 1, S. 98.

[51]) Helfritz, ArchöR. NF. Bd. 8, S. 366; Friedrichs, der allg. Teil, S. 83; Fleiner, aaO., S. 212, Anm. 93; Rittau, Wehrgesetz, § 19, Anm. 1.

[52]) Nach heutigem Recht kann der Staat niemanden zum Eintritt in die Reichswehr zwingen.

[53]) Damit ist nicht gesagt, daß die bei Rittau aaO. gezogenen Folgerungen unrichtig sind. Z. B. führen Geisteskrankheit und beschränkte Geschäftsfähigkeit beim zweiseitigen Verw.akt genau so zur Nichtigkeit wie beim Vertrage.

ähnliche Regelung besteht auch in den deutschen Ländern. Nach älteren Entscheidungen des pr. OVG. [54]) ist diese Entlassung auf Antrag ein Vertrag. Diese Ansicht wird der wahren Rechtslage nicht gerecht. Der Beamte steht in einem umfassenden Gewaltverhältnis und ist nicht imstande, mit dem verwaltenden Staat auf einer Stufe zu stehen. Eine Einwilligung muß aber vorhanden sein, da der Beamte nur in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen einseitig entlassen werden kann. Die Entlassung auf Antrag ist daher ein Beispiel S. 245) ist eine Entlassung auf Antrag des Beamten zulässig. Eine für die Lehre vom zweiseitigen Verwaltungsakt [55]).

5. Bei der Anstellung eines Beamten sind besondere Abmachungen zwischen der Behörde und dem Anzustellenden nicht selten. Vielfach verspricht die anstellende Behörde dem Beamten Gewährung von besonderen Vorteilen wie Zuschläge zum Gehalt, Anrechnung einer bestimmten Ruhegehaltszeit u. a. Hier interessiert weniger die Frage, ob solche Vereinbarungen nichtig sind, wenn alle diese Fragen schon im Gesetz oder durch Statut geregelt sind, als vielmehr die, welcher Natur sie sind. In der Literatur sind die verschiedensten Ansichten vertreten [56]). Zunächst wird behauptet, diese Vereinbarung sei ein Teil des Anstellungsaktes und nähme ihre Wirkung aus dem Anstellungsakt, in den sie einzubeziehen sei. Andere sind der Ansicht, es liege ein öffentlichrechtlicher Vertrag vor, wieder andere, das ganze habe nur privatrechtliche Wirkungen. Die Annahme eines öffentlichrechtlichen Vertrages wird der Sachlage am ehesten gerecht. Der Verwaltungsakt, der zwingenden Rechts ist, läßt der Parteidisposition nicht genügend Raum. Derartige Abmachungen unterliegen am besten vertraglicher Behandlung, wenn die Interessen der Parteien zum Ausdruck kommen sollen [57]).

6. Einen großen Raum für die Anwendung des öffentlichrechtlichen Vertrages bietet das Abgaben- und Finanzrecht [58]). Zwar kann sich niemand durch Vertrag einer Steuer- oder Abgabenpflicht unterwerfen, da diese sich an einen gesetzlich festgelegten Tatbestand knüpfen. Aber durch öffentlich-rechtlichen Vertrag kann eine be-

---

[54]) z. B. OVG. PVBl. Bd. 34, S. 49.
[55]) W. Jellinek, Verw. R. S. 251.
[56]) Vergl. Apelt, aaO., S. 107; Otto Mayer, ArchöR. Bd. 3, S. 71.
[57]) Derartige Zusicherungen erzeugen wohlerworbene Beamtenrechte i. S. von Art. 129 R.Verf., s. a. JW. 1933, S. 2697.
[58]) Vergl. die Abhandlung von Dersch, Verw.Arch. Bd. 33, S. 99.

stehende Verpflichtung geändert oder aufgehoben werden. Derartige Vorgänge sind nur insoweit erlaubt, als sie sich im Rahmen der Gesetze halten. Das Abgabenrecht ist von dem Grundsatz der Gleichmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit beherrscht. Daher ist es auch unzulässig, einen einzelnen Abgabenpflichtigen von der Entrichtung jeglicher Abgaben zu befreien. Der Vertrag kommt da zur Anwendung, wo es gilt, die entstandene Steuerforderung inhaltlich zu verändern. Dahin gehören Abmachungen, die eine Pauschal- oder Abschlagssumme festsetzen. Dazu sind ferner zu rechnen Stundung und Erlaß einer einzelnen schon entstandenen Abgabenforderung [59]).

7. Alle diese Abmachungen sind keineswegs nur unverbindliche — oder gar nur privatrechtliche — Versprechungen, sondern der Steuerpflichtige kann sie gegebenenfalls im Streitverfahren als Einrede geltend machen.

Die angeführten Beispiele zeigen nur, daß der Einzelne imstande ist, sich durch Geltendmachung von Einreden gegen Uebergriffe der Verwaltung zu schützen. Es fragt sich, ob durch öffentlichrechtlichen Vertrag dem Einzelnen auch das Recht eingeräumt werden kann, tätig gegen die Behörde vorzugehen und von ihr eine bestimmte — vielleicht sogar hoheitliche — Handlung zu verlangen. Kann beispielsweise die Behörde jemandem durch Vertrag versprechen, daß er als Beamter angestellt wird? Es leuchtet ein, daß dies nicht durch Privatvertrag geschehen kann, da der Staat durch Privatvertrag sich nicht zur Betätigung der öffentlichen Gewalt verpflichten kann. Es bleibt deshalb nur übrig, das Versprechen auf künftige Uebertragung eines Amtes als öffentlichrechtlichen Vertrag anzusehen [60]). Damit ist nicht aber zugleich gesagt, daß der Einzelne das Recht hätte, auf gerichtlichem Wege das Versprochene zu verlangen oder gar vollstrecken zu lassen. Der Staat kann nicht zur Betätigung der öffentlichen Gewalt gezwungen werden. Der Einzelne besitzt einen öffentlichrechtlichen Anspruch, der bei schuldhafter Verletzung lediglich einen Schadensersatzanspruch auslösen kann.

---

[59]) OVG. PVBl. Bd. 34, S. 205, Bd. 40, S. 83. Einzelheiten siehe in der eingehenden Darstellung von Bühler, Lehrb., S. 354 ff.

[60]) So auch RGZ. 53, S. 423/429; a. A. Apelt, S. 107, der einen Verwaltungsakt annimmt.

V. Oeffentlichrechtliche Verträge und Verträge des Privatrechts.

Rechtsprechung und Literatur erkennen an, daß die Gemeinden von der ihnen in § 15 des pr. FlLG. [61]) eingeräumten Befugnis, öffentlichrechtliche Verträge abzuschließen, nicht unbedingt Gebrauch machen müssen, sondern auch privatrechtliche Verträge abschließen können [62]). Wie erkennt man bei der Untersuchung eines Tatbestandes, ob es sich um einen privatrechtlichen oder öffentlichen Vertrag handelt. Zunächst ist zu bemerken, daß drei verschiedene Arten von Verträgen denkbar sind, solche zwischen Behörde und Einzelnem, solche zwischen mehreren Einzelnen untereinander und solche zwischen mehreren Behörden. Letztere sollen bei der weiteren Betrachtung ausscheiden, da sie oft den Charakter von Vereinbarungen tragen.

Gibt es nun ein begriffliches Merkmal, das den verwaltungsrechtlichen Vertrag von dem privatrechtlichen unterscheidet? Privatvertrag und Verwaltungsakt sind leicht auseinanderzuhalten, da sie meist durch Gesetz geregelt sind. Der Staat hat das Recht zur Enteignung, kann sich aber auch durch Privatvertrag mit dem Expropriaten einigen. Die Anwendungsfälle des öffentlichrechtlichen Vertrages sind im Gesetz nicht so eindeutig festgelegt. Es ist vielmehr der Wissenschaft überlassen, das unterscheidende Merkmal nachzuweisen. Warum ist also gerade Stundung und Erlaß von Steuerforderungen ein öffentlichrechtlicher und kein privatrechtlicher Vertrag?

a) In der Literatur war diese Frage schon Gegenstand lebhafter Meinungsverschiedenheiten. Kormann [63]) behauptet, „daß ein öffentlichrechtliches Rechtsgeschäft immer dann vorliegt, wenn es auf den Eintritt öffentlichrechtlicher Wirkungen gerichtet ist".

---

[61]) Näheres s. o. S. 1, Anm. 3.
[62]) Vergl. Heyland, Verw.Arch. Bd. 29, S. 294.
[63]) aaO. S. 33.

Aehnliche Definitionen geben W. Jellinek [64]), Layer [65]) und Reusch [66]). Diese Definition bildet aber für die vorliegende Untersuchung keinen Fortschritt. Soll bei dem ebengenannten Satze der Hauptton auf den Worten „öffentlichrechtlicher Wirkungen" liegen, so ist schon deshalb nichts gewonnen, weil erst wieder festzustellen ist, wann öffentlichrechtliche Wirkungen eintreten. Demnach ist nur eine Unbekannte durch eine andere Unbekannte ersetzt. Dieses Verfahren gibt dem Praktiker keine Anhaltspunkte bei der Untersuchung von Einzelfällen. Stellt man es aber auf den Willen der Beteiligten ab, so befindet man sich schon deshalb nicht auf dem richtigen Wege, weil es nicht von dem Willen der Kontrahenten abhängen kann, ob ein Tatbestand dem öffentlichen oder dem privaten Recht angehört. Man hat vielmehr ein objektives Merkmal zu suchen, das dem Vertrage seine Eigenart aufprägt und ihn so zum öffentlichrechtlichen macht. Solche objektiven Merkmale, die den Gegenstand des Vertrages erfassen, kennen wir schon durch Apelt [67]). In seinem Werk sind erwähnt: die öffentliche Gewalt, die öffentliche Verwaltung und das öffentliche Interesse. Bei näherer Betrachtung müssen die beiden ersten Begriffe ausscheiden, die öffentliche Gewalt deshalb, weil beim Vertrage der Inhalt des Rechtsverhältnisses nicht einseitig bestimmt wird. die öffentliche Verwaltung, weil sich die öffentlichen Körperschaften zur Erfüllung ihrer Aufgaben auch privatrechtlicher Verträge bedienen.

Der Inhalt des öffentlichrechtlichen Vertrages ist von dem Begriff des öffentlichen Interesses durchdrungen. Es handelt sich hierbei um einen allgemeinen Rechtsbegriff [68]). Nicht weil die Parteien es wollen, sondern weil das öffentliche Interesse dem Verhältnis seine Eigenart aufprägt, entsteht ein öffentlichrechtlicher Vertrag. Das Beispiel vom Unternehmervertrag, das den Ausgangspunkt der Betrachtung bildete, zeigt die Nutzanwendung. Schließt ein Unternehmer auf Grund des § 15 des p. FlLG. einen Vertrag ab, so kann es sich nur um einen öffentlichrechtlichen handeln. Der Unternehmer baut dann aber keine Privatstraße, sondern eine öffentliche Straße als städtische Anlage. Verpflichtet er sich der Gemeinde gegenüber

---

[64]) Verw. R. S. 253.
[65]) aaO. S. 12.
[66]) S. 61.
[67]) aaO. S. 122 ff.
[68]) Vergl. Buddeberg, aaO., S. 96; Apelt, aaO., S. 50 und S. 130/139; Herrnritt, aaO., S. 60 und 136; W. Jellinek, Ges. und Ges.anw. S. 68 ff.; a. A. Fleiner, S. 143, Anm. 3.

zu Bauausführungen, die im § 15 des FlLG. nicht vorgesehen sind, so hat diese Abrede nur privatrechtliche Wirkungen.

Damit aber unsere Beweisführung nicht dem obengenannten Vorwurf ausgesetzt sei, eine Unbekannte durch eine andere ersetzt zu haben, hat eine kurze Kennzeichnung des Begriffs des öffentlichen Interesses zu folgen.

Behauptungen, das öffentliche Interesse sei kein objektives Merkmal, sondern sei jeweils von dem freien Willen der Verwaltungsbehörden abhängig, sind unrichtig. Das beweist allein die Tatsache, daß es als objektives Tatbestandsmerkmal in die Verwaltungsgesetze Eingang gefunden hat. Wenn im preußischen Streitverfahren [69]) der Vorsitzende des Kreis- oder Bezirksausschusses aus Gründen des öffentlichen Interesses Berufung einlegt, so prüft das Gericht bei der Untersuchung, ob das öffentliche Interesse für beteiligt zu erachten ist, eine objektive Vorfrage und entscheidet nicht nach freiem Ermessen. Die Gegner des Begriffes des öffentlichen Interesses behaupten ferner, es seien keine objektiv erkennbaren Begriffsmerkmale vorhanden, und es handle sich, da meist die Ansicht der Behörde maßgebend sei, um subjektives Ermessen. Dem ist zu erwidern, daß sich wohl die Materie des Interesses je nach den jeweilig herrschenden geistigen und politischen Strömungen ändern kann, daß aber das Kriterium dasselbe bleibt, d. h., daß bei gleichbleibender Betrachtungsweise bei der Bewertung dieselben objektiven Maßstäbe angelegt werden. Allerdings sind wir noch nicht des Vorwurfs enthoben, daß die Abgrenzung im einzelnen Fall sehr schwierig sein kann. Die Lösung, allerdings, die W. Jellinek vorschlägt [70]), führt nicht zum Ziel. Er behauptet, daß es bei der Abgrenzung des privaten vom öffentlichen Interesse ein Gebiet gäbe, das der Allgemeinheit gleichgültig sei. Alle Materien, die diesseits dieses Gebiets liegen, d. h. in irgend einer Form für die Allgemeinheit nicht gleichgültig sind, würden daher von dem öffentlichen Interesse umfaßt. Wenn auch im Anschluß bei Jellinek sehr sinnreiche Ausführungen gemacht werden, so können sie uns nicht überzeugen. Jellinek gebraucht das Wort Interesse in der der Laienwelt geläufigen Bedeutung. Nicht alle Verträge, die die Behörde abschließt, und die der Allgemeinheit nicht gleichgültig sind,

---

[69]) Landesverwaltungsgesetz vom 30. Juli 1883 (GSS. S. 195), § 82, Abs. 2.

[70]) Ges., Ges.anwend., S. 69 ff.

sind deshalb schon öffentlichrechtliche Verträge. Für die Allgemeinheit ist es nicht gleichgültig, bei wem der Staat Waffen oder Munition bestellt, und doch handelt es sich um privatrechtliche Kauf- oder Werkverträge. Wollte man diese Tatsache leugnen, so müßte man der Lehre Kelsens folgen, der den Vertrag nur für eine Form gewisser menschlicher Beziehungen hält und daher keine Scheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht macht [71]). Auch Kelsen betont, daß bei konsequenter Anwendung der Lehre Jellineks immer schon dann öffentliches Interesse angenommen werden müßte, wenn die Allgemeinheit in irgend einer Form Anteil nimmt. Diese Ansichten stehen fern von dem Boden praktischen Rechts. Niemand wird bezweifeln, daß die Verwaltung privatrechtliche Verträge abschließen kann und auch abschließt.

Woran erkennt nun der Praktiker, ob es sich um einen privatrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Vertrag handelt. Ein öffentlichrechtlicher Vertrag liegt dann vor, wenn durch Gesetz, Gewohnheitsrecht oder vom Volke getragene Rechtsauffassung zum Ausdruck kommt, daß einer der Kontrahenten begriffsnotwendig der Staat oder ein sonstiger Träger öffentlicher Gewalt sein muß. Kauf- und Werkverträge können auch Einzelne unter sich abschließen; es handelt sich daher um Privatverträge. Bei einem Unternehmervertrag nach § 15 FlLG. ist die Mitwirkung der Gemeinde erforderlich. Zwei Privatleute allein können keinen echten Unternehmervertrag im Sinne des § 15 des FlLG. abschließen. Bei Untersuchungen in der Praxis hat man also nur die Ueberlegung anzustellen, ob anstelle des Staates im gegebenen Fall auch eine Privatperson als Kontrahent gedacht werden kann. Kommt man zur Bejahung, so handelt es sich um einen privatrechtlichen, andernfalls um einen öffentlichrechtlichen Vertrag. Beispielsweise können Erlaß und Stundung von Steuern nur durch öffentlichrechtliche Verträge erfolgen, da ein Einzelner begrifflich unmöglich Steuern stunden oder erlassen kann.

Trotzdem kommen gelegentlich Tatbestände vor, die nicht auf den ersten Blick erkennen lassen, ob sie den privatrechtlichen oder den öffentlichrechtlichen Verträgen zuzurechnen sind. Ein Beispiel hierfür ist der Enteignungsvertrag. Hierunter sind Vereinbarungen [72])

---

[71]) ArchöR. Bd. 31, S. 53 ff. und 81.

[72]) S. §§ 16, 17 und 26 des pr. Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874. (GSS. 221).

der Beteiligten während des Enteignungsverfahrens zu verstehen. Ohne Zweifel sind Verträge, die einem Enteignungsverfahren vorangehen, rein privatrechtliche (meist Kaufverträge). Die Tatsache allein, daß sie dasselbe Ziel verfolgen, wie der beim Scheitern der Verhandlungen folgende Verwaltungsakt, ändert an ihrem Charakter nichts. Ist dagegen das Enteignungsverfahren schon im Gange, so können die genannten Vereinbarungen nur öffentlichrechtliche Verträge sein, da die Kontrahenten jetzt Beteiligte eines staatlichen Verfahrens sind. In diesem Fall tritt die vertragliche Vereinbarung an die Stelle des staatlichen Verwaltungsaktes. Stellt man jene obengenannte gedankliche Untersuchung an, so gelangt man auch zu dem Ergebnis, daß es sich um öffentlichrechtliche Verträge handeln muß [73]), da anstelle des in der Enteignung begriffenen Staates eine Privatperson nicht gedacht werden kann [74]).

Ob die Inanspruchnahme öffentlicher Betriebe durch Abschluß privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Verträge geschieht, läßt sich nicht einheitlich entscheiden. Handelt es sich um Gemeindeanstalten (s. a. § 4 des pr. Komm. abg. ges.), für deren Benutzung eine Gebühr zu entrichten ist, so ist der öffentlichrechtliche Vertrag am Platze. Dagegen bleiben Verträge mit Privatbetrieben, deren Anteilmehrheit zufällig in der Hand der Verwaltung ist, privatrechtliche. Bei der Untersuchung von Einzelfällen ist jeweils genau zu beachten, in wie weit das öffentliche Interesse überwiegt. Man kann daher das Fernsprechanschlußverhältnis als öffentlichrechtlichen Vertrag bezeichnen [75]). Im Zweifel „entscheidet der ausgesprochene oder mutmaßliche Wille des Herrn der Anstalt" [76]).

b) Zum Schluß dieses Abschnitts soll noch die Frage untersucht werden, ob auch Privatpersonen öffentlichrechtliche Verträge abschließen können [77]). Gegenstand der Abmachung kann natürlich nur eine öffentlichrechtliche Pflicht sein. Auch hier muß das öffent-

---

[73]) Dies ist auch die herrschende Meinung. Vergl. RGZ. 61, 102 ff; Hatschek, Lehrb. S. 308/309; Apelt, S. 153; a. A. Süpfle, S. 117; Herrnritt, S. 446; O. Mayer 2, S. 33.

[74]) Dem Staat gleichgestellt sind andere, mit dem Enteignungsrecht ausgestattete öffentliche Personen, da ihnen diese Fähigkeit nur vom Staate übertragen ist, und sie daher mit öffentlicher Gewalt auftreten.

[75]) RG. Bd. 98, S. 341; vergl. Walter, Verw.Arch. Bd. 34, S. 229.

[76]) W. Jellinek, Verw. R. S. 513.

[77]) S. a. Tezner, aaO., S. 509.

liche Interesse hervortreten, da der Wille der Parteien allein nicht imstande ist, Rechtsfolgen mit öffentlichrechtlicher Wirkung hervorzurufen. Folgendes praktische Beispiel diene zur Erläuterung. Nach § 6 des pr. Wegereinigungsgesetzes vom 1. Juli 1912 (GSS. 187) kann für den zur polizeimäßigen Reinigung Verpflichteten ein anderer der Polizeibehörde gegenüber mit deren Zustimmung durch schriftliche oder protokollarische Erklärung die Ausführung der Reinigung übernehmen. Es handelt sich hier um einen Fall öffentlichrechtlicher Rechtsnachfolge. Es soll hier nicht untersucht werden, ob die Verpflichtung des Uebernehmenden gegenüber der Behörde nicht erst auf Grund eines neuen Verwaltungsaktes (Zustimmung § 6 WRG.) entsteht [78]). Zur Untersuchung steht hier die Frage, welcher Natur hier die Pflichtübernahme gegenüber der Polizeibehörde ist. Dies kann nur ein öffentlichrechtlicher Vertrag sein. Ohne die Zustimmung durch die Polizei haben die Abmachungen der Polizei gegenüber lediglich privaten Charakter, und die Behörde kann mit Zwangsmaßnahmen nur gegen den aus öffentlichrechtlichen Gründen Verpflichteten vorgehen. Erst wenn die Polizei die auf Aenderung der öffentlichen Pflicht gerichtete Abmachung der Parteien genehmigt, wird die Pflichtübernahme wirksam. Zu beachten ist, daß es die Behörde nicht in der Hand hat, nach ihrem Belieben private Abmachungen der Abgabepflichtigen durch ihre Zustimmung zu öffentlichrechtlichen zu machen. Voraussetzung ist immer, daß auch der Wille der Parteien auf Uebertragung der öffentlichrechtlichen Verpflichtung gerichtet war. Insoweit können die Parteien darüber verfügen, ob sie einen privaten oder öffentlichrechtlichen Vertrag abschließen wollen [79]). Beispiele dieser Art finden sich in den Bau-, Wege- und Wassergesetzen der Länder vielfach [80]). Diese in ihrer Gesamtheit darzustellen, würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen.

---

[78]) Näheres s. W. Jellinek, Verw. R. S. 199, 211 ff.

[79]) In dem Falle, in dem die Parteien eine öffentlich-rechtliche Regelung verabredeten, die Behörde aber ihre Zustimmung versagte, könnte im Wege der Konversion ein privatrechtlicher Vertrag angenommen werden.

[80]) Die nach § 6 d. pr. Kleinbahnges. vom 28. Juli 1892 (GSS. 225) erforderliche Zustimmung des Wegeunterhaltspflichtigen ist öffentlichrechtlicher Natur. Es findet gleichsam eine Zession der der Polizei gegenüber bestehenden Wegeunterhaltspflicht statt. Die Vereinbarungen mit dem nicht notwendig identischen Straßeneigentümer sind privatrechtliche Mietverträge. S. RGZ. Bd. 92, S. 311 ff., Bd. 93, S. 79.

VI. Einzelfragen.

a) Von Einzelheiten, die bei der Behandlung des öffentlich-rechtlichen Vertrages auftauchen, interessiert zunächst die Form. Wenn die Gesetze vielfach für die Willensäußerungen der Behörden nach außen die Schriftform vorschreiben [81]), so folgt daraus noch nicht, daß für alle Willenserklärungen der Behörden die Schriftform erforderlich ist. In der Praxis der Verwaltung pflegen vertragliche Abmachungen, besonders wenn sie auf längere Dauer berechnet sind, schriftlich niedergelegt zu werden. Daher ist auch für den öffentlich-rechtlichen Vertrag die Schriftform am geeignetsten.

b) Die Beendigung des Vertragsverhältnisses erfolgt regelmäßig durch Erfüllung der versprochenen Leistungen, beim Unternehmerverhältnis nach § 15 FlLG. also mit Beendigung der Straßenherstellungsarbeiten seitens des Unternehmers. Die Praxis fordert aber bisweilen eine vorzeitige Auflösung des Verhältnisses. Gesetzt den Fall, der Unternehmer kommt mit seinen Leistungen in Verzug, und der Bau der Straße ruht vollkommen, so hat die Gemeinde ein lebhaftes Interesse, von der vertraglichen Regelung loszukommen. Nach der Bestimmung des § 15 des pr. FlLG. kann sie bei Fertigstellung der Straße auf eigene Kosten von den Anliegern Beiträge nur dann fordern, wenn das Verhältnis mit dem Unternehmer gelöst ist [82]). Solange muß sie befürchten, keine Beiträge zu erhalten und einen beträchtlichen Ausfall zu erleiden. Die einfachste Form der Auflösung wäre die, daß Unternehmer und Behörde durch eine neue Willenseinigung übereinkämen (contrarius actus), die Beziehungen zu lösen. Dieser Weg führt nur selten zum Ziel. Aus Gründen, die in der Natur der Sache als Angelegenheit des öffentlichen Interesses liegen, kann die Uebernahme der weiteren Straßenarbeiten seitens der Gemeinde und damit die Möglichkeit der Heranziehung der Anlieger nicht von dem Einverständnis des Unternehmers abhängig sein. Sagt

[81]) S. Literatur und Rechtsprechung zu § 56, Nr. 8 der Städteordnung für die sechs östlichen Prov. der pr. Monarchie vom 30. Mai 1953, GSS. 261 und RGZ. Bd. 89, S. 433/437.

[82]) Vergl. OVG., Bd. 74, S. 75.

der Unternehmer aus irgendwelchen Gründen der Auflösung des Vertrages nicht zu, so hätte dies zur Folge, daß die Arbeiten weiterhin ruhen. Der Behörde muß daher die Möglichkeit eingeräumt werden, von einer einseitigen Auflösung wegen veränderter Umstände Gebrauch zu machen. Die Lehre von der clausula rebus sic stantibus hat im Bereich des Privatrechts volle Anerkennung gefunden. Sie gilt auch für den öffentlichrechtlichen Vertrag, allerdings nicht in der Form, daß sie im Wege der Analogie übertragen wird, sondern in Anerkennung des Grundsatzes, daß bei völliger Aenderung der tatsächlichen Grundlagen die vertragliche Bindung der Kontrahenten entfällt. Oertmanns [83]) Lehre von der Vertragsgrundlage besagt Aehnliches. Vielleicht verdient sie bei dem angeführten Beispiel den Vorzug. Die clausula rebus sic stantibus umfaßt nämlich nicht die Vorstellung vom Sein oder Eintritt gewisser Umstände, auf deren Grundlage der Geschäftswille sich aufbaut [84]), sondern — wie ihrem Namen zu entnehmen ist — nur die Annahme der Fortdauer der beim Vertragsabschluß vorhandenen Verhältnisse, während die Geschäftsgrundlage auch in der Zukunft liegende Geschehnisse umfaßt. Bei der Unternehmerstraße bildet „die bedingungsgemäße Herstellung" [85]) die Geschäftsgrundlage des Vertrages, und die Behörde könnte sich bei deren Wegfall durch einseitige Erklärung vom Vertrage lossagen.

c) Was den Rechtsschutz und die Vollstreckung des öffentlichrechtlichen Vertrages anlangt, so ist festzustellen, daß in den verwaltungsrechtlichen Gesetzen darüber kaum etwas zu finden ist. Ein besonderer Schutz für die Behörde ist nicht erforderlich; denn der Staat ist imstande, ohne Hilfe eines gerichtlichen Schutzes seine subjektiven öffentlichen Rechte durchzusetzen. Es wäre mit der Autorität des Staates nicht vereinbar, wenn er zur Vollstreckung öffentlichrechtlicher Ansprüche die Hilfe eines Gerichts benötigte. Die Behörde hat in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten ihr eigenes Zwangsverfahren [86]). Im Fall des Unternehmerverhältnisses nach § 15 FlLG. kann sie gegen den Unternehmer selbst vorgehen, da dieser der Behörde gegenüber dieselbe Stellung einnimmt, wie im Regelfall der Anlieger. — Dagegen gibt es für den Einzelnen keine Möglichkeit, die Behörde zur Vornahme der versprochenen Handlung zu zwingen. Die Ursache ist darin zu suchen, daß es sich bei der ver-

[83]) aaO. S. 26 ff.

sprochenen Leistung meist um eine Betätigung der öffentlichen Gewalt handelt. Dabei kann die Betätigung des Staates nur durch Gesetz eingeengt werden, und ebenso kann die Pflicht zu solcher Betätigung der öffentlichen Gewalt in bestimmter Richtung nur durch Gesetze entstehen. Eine Bindung — auch durch öffentlichrechtlichen Vertrag — ist daher ohne Bedeutung. Es ist undenkbar, daß z. B. der Einzelne bei einem Versprechen auf zukünftige Uebertragung eines Amtes [87]) den Staat zur Vornahme des Anstellungsaktes zwingen könnte.

Auf den ersten Blick scheint in dieser Beziehung das Verhältnis der Vertragspartner ungleich zu sein. Doch pflegen bei geordneten Verhältnissen Nachteile für den Einzelnen nicht vorzukommen. Außerdem bleibt immer der Weg der formlosen Dienstaufsichtsbeschwerde offen, die in einer geordneten Verwaltung immer noch die Korrektur von entstandenen Unbilligkeiten ermöglicht.

Was die öffentlichrechtlichen Verträge zwischen Einzelpersonen betrifft, so ist dazu zu sagen, daß ihnen ein Rechtsschutz nur dann zur Seite steht, wenn dies ausdrücklich im Gesetz erwähnt ist. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit huldigt dem Enumeritionsprinzip, d. h. die Gerichte sind zur Entscheidung von Verwaltungsstreitsachen nur zuständig, wenn dies in einer gesetzlichen Bestimmung zum Ausdruck kommt [88]).

---

[84]) aaO. S. 37.
[85]) S. a. OVG., Bd. 74, S. 75.
[86]) z. B. für Beitreibung von Geldbeträgen in Preußen die Verordnung betr. das Verwaltungszwangsverfahren vom 15. Nov. 1899 (GGS. 545) und die dazu ergangene Ausf.verord. vom 28. Nov. 1899.
[87]) Vergl. RGZ. Bd. 53, S. 423/429.
[88]) z. B. Preuß. Zust. ges. § 56, Nr. 8.

Literaturverzeichnis.

Anschütz, G.: Allgemeine Begriffe und Lehren des Verwaltungsrechts nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts. PVBl., Bd. 22, S. 83.

Apelt, W.: Der verwaltungsrechtliche Vertrag 1920.

Beyer, B.: Die Bedeutung der Zustimmung eines Beteiligten zu Verwaltungsakten. Verw. Arch. Bd. 32 (1927), S. 226.

Buddeberg, Th.: Rechtssoziologie des öffentlich-rechtlichen Vertrages. ArchöR. NF. Bd. 8, S. 85 ff.

Burckhardt, W.: Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht. Berner Festgabe für das Bundesgericht 1924, S. 1 ff.

Bühler, O.: Zur Theorie des subjektiven öffentlichen Rechts. Festgabe für Fleiner 1927.

— Der Einfluß des Steuerrechts auf die Begriffsbildung des öffentlichen Rechts. H. 3, S. 102.

— Lehrbuch des Steuerrechts. 1. Bd. 1927.

Dersch: Verwaltungsakte und sonstige öffentlich-rechtliche Rechtsgeschäfte in der Sozialversicherung. Verw. Arch. Bd. 33, S. 99.

Eger: Das Gesetz über Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen vom 28. Juli 1892.

Fleiner, F.: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 8. Aufl. 1928.

Friedrichs: Der allgemeine Teil des Rechts. 1927.

— Verwaltungsrechtspflege. Bd. 1, S. 318.

Gerber, H: Grundsätze eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts in der jüngsten Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts. Verw. Arch. Bd. 36, S. 1.

Germershausen-Seydel, Goez, K.: Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg.

Herrnritt, R.: Grundlehren des Verwaltungsrechts. 1921.

Heyland: Unternehmervertrag und Ortsstatut. Verw. Arch. Bd. 29 (1922) S. 294.

— Die Rechtsgültigkeit von Zusicherung nach deutschem und preußischem Beamtenrecht. 1932.

Hippel: Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes. 1924.

Huber: Verträge zwischen Staat und Kirche im deutschen Recht. 1930.

Husserl: Rechtskraft und Rechtsgeltung. 1925.

Jaschkowitz: Der Vertrag im Beamtenrecht. ArchöR. Bd. 56, S. 321.

Jedlicka: Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Verwaltungsrecht. 1928.

Jellinek, G.: System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. 1905.

Jellinek, W.: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. 1913.

— Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen. 1908.

— Verwaltungsrecht. Lehrbuch. 1931.

— Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung. Festgabe zur Feier des 50jährigen Bestehens d. pr. OVG. 1925.

Joseph: Die clausula rebus sic stantibus bei Verträgen des öffentlichen Rechts. PVBl. Bd. 45, S. 136.

Kelsen, H.: Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Rechtsgeschäft. ArchöR. Bd. 31, S. 51.

Kormann, K.: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. 1910.
— Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts.

Laband, P.: Das Staatsrecht des deutschen Reichs. 5. Aufl. 1911.

Layer, M.: Prinzipien des Enteignungsrechts. 1902.
— Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag ArchöR. Bd. 3, S. 1 ff.

Loening. E.: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. 1884.

Mayer, O.: Deutsches Verwaltungsrecht. 3. Aufl. 1924.
— Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag. ArchöR. 3, S. 1 ff.

Meier-Brannecke: Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Normen im Verwaltungsrecht. ArchöR. NF. Bd. 11, S. 230 ff.

Merkl: Allgemeines Verwaltungsrecht. 1927.

Oertmann, P.: Die Geschäftsgrundlage.

Papke: Die Rechtsstellung des Reichswehrsoldaten. Verw.Arch. Bd. 34, S. 24.

Reusch: Der Vertrag im Verwaltungsrecht. 1929.

Schmitt, C.: Verfassungslehre. 1929.

Schön, P.: Deutsches Verwaltungsrecht. 1914.

Spiegel: Verwaltungsrechtwissenschaft. 1909.

Süpfle: Das badische Enteignungsrecht.

Tezner, F.: Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht. ArchöR. Bd. 9, S. 489.

Ullmann: Straßenbenutzungsverträge zwischen Kleinbahnunternehmern und Wegeunterhaltungspflichtigen. Gruch. Bd. 56, S. 250.

Walter: Das Fernsprechanschlußverhältnis — ein öffentlich-rechtlicher Vertrag. Verw.Arch. Bd. 34, S. 229.

Lebenslauf.

Am 3. Dezember 1910 bin ich als Sohn des Kaufmanns Robert Kohl zu Charlottenburg geboren. Nach Besuch des Bismarck-Gymnasiums zu Berlin-Wilmersdorf und der Körnerschule (Realgymnasium) zu Berlin-Köpenick bestand ich im Jahre 1929 an der Körnerschule zu Köpenick die Reifeprüfung. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Berlin und Freiburg i. Br. bestand ich im Jahre 1933 die erste juristische Staatsprüfung beim Kammergericht zu Berlin. Im Jahre 1934 erfolgte meine Meldung zur Doktorprüfung.

———————